

© **Cadernos de Direito Actual** N° 8 Núm. Ordinario (2017), pp. 115-138  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **Medidas cautelares ante colusión en compras públicas: puesto que nadie quiere irse, nos iremos solos**

*Injunctive relief against bid rigging: since no one leaves, we shall leave alone*

**Johannes San Miguel Giralt<sup>1</sup>**

Universidad de Guayaquil (Ecuador)

**Sumario:** 1. Colusión en compras públicas. 2. Regla de la razón vs regla *per se* en la colusión en compras públicas. 3. Importancia de la tutela cautelar ante colusión en compras públicas. 4. Tipos de medidas cautelares. 5. Concurrencia de acciones y responsabilidad. El principio de prejudicialidad. 6. Procedimiento administrativo. 7. Tutela cautelar al procedimiento administrativo. 8. Proceso contencioso-administrativo y su tutela cautelar. 9. acción civil y su tutela cautelar. 10. Requisitos de las medidas cautelares. 11. *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. 12. *Periculum in mora* o peligro en la demora. 13. Conclusiones. 14. Bibliografía. 15. Jurisprudencia y precedente. 16. Textos normativos y legislación. 17. Decisiones y resoluciones administrativas.

**Resumen:** El objetivo de la presente contribución es describir el panorama teórico, normativo, precedentual, jurisprudencial y casuístico sobre un fenómeno de escasa atención académica pero de relevancia en el marco de los esfuerzos globales contra la corrupción y en defensa de la competencia: la colusión en compras públicas. El análisis se concentra en la disponibilidad de medidas cautelares para conservar la eficacia de la resolución definitiva por parte de los tribunales y organismos administrativos competentes, en procesos y/o procedimientos de investigación y sustanciación de prácticas de este tipo, en los EEUU, la Unión Europea y en América Latina.

**Palabras clave:** derecho de la competencia, corrupción, medida cautelar, derecho administrativo, contrato.

**Abstract:** This paper aims to describe the legal landscape in terms of theory, precedent, jurisprudence and case-by-case analysis on an unattended phenomenon, which is also relevant to the global efforts against corruption and defense of competition: bid-rigging or collusion in public procurement. The descriptive analysis focuses on the availability of interim

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana, 2011), docente de Derecho Mercantil, Introducción a la Organización Mundial del Comercio y Arbitraje Comercial Internacional. Ha formado parte de grupos de trabajo oficiales para la atención a asuntos relativos a solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio. Autor de varias publicaciones en España, Brasil, Holanda, Suiza y Cuba. Actualmente es docente en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil y docente titular en la Universidad de Guayaquil, Ecuador. Email: [Johannes.sanm@ug.edu.ec](mailto:Johannes.sanm@ug.edu.ec)

measures to preserve an effective final resolution on the merits by courts-of-law and public administration in USA, EU and Latin America.

**Key words:** competition law, corruption, injunction, administrative law, contract.

Úrsula lo observó con una atención inocente,  
y hasta sintió por él un poco de piedad,  
la mañana en que lo encontró en el cuartito del fondo  
comentando entre sus dientes sus sueños de mudanza,  
mientras colocaba en sus cajas originales las piezas  
del laboratorio. Lo dejó terminar.  
Lo dejó clavar las cajas y poner sus iniciales encima  
con un hisopo entintado,  
sin hacerle ningún reproche,  
pero sabiendo ya que él sabía  
(porque se lo oyó decir en sus sordos monólogos)  
que los hombres del pueblo no lo secundarían en su empresa.  
Solo cuando empezó a desmontar la puerta del cuartito;  
Úrsula se atrevió a preguntarle por qué lo hacía [...]

Gabriel García Márquez. Cien Años de Soledad

## 1. COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS

En términos generales se definen como compras públicas al sistema de adquisición de bienes y servicios por parte de las instituciones del Estado<sup>2</sup>. El volumen de tales compras la convierten en un importante sector económico el cual genera y promueve a su vez a la microempresa, medianos e incluso a la gran empresa, empleo pleno y alternativas de desarrollo sostenible<sup>3</sup>. En este sentido, la importancia económica y de desarrollo de las compras públicas quedan expuestas de modo explícito al constituir un tema de concertación multilateral sobre el comercio; por ejemplo, forma parte de la agenda de la Organización Mundial del Comercio, por medio del Acuerdo sobre Contratación Pública<sup>4</sup>; está incluido como capítulo en los principales acuerdos de comercio a nivel regional, como son los casos del NAFTA –*North-American Free Trade Agreement*–, MERCOSUR –*Mercado Común del Sur*–, CAN –*Comunidad Andina de Naciones*– y Alianza del Pacífico. Del mismo modo y tal vez menos conocido, es que las compras públicas han sido objeto de esfuerzos multilaterales de estandarización normativa, como es el caso de la Ley Modelo de Compras Públicas de la CNUDMI –*Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*– de 2011, que reemplaza la Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994 (SELA, 2015: 3-7).

Dada la magnitud de la contratación y el interés público involucrado representado por funcionarios estatales que tienen en sus manos la decisión de cuanto, cómo y con quién contratar, las compras públicas han estado fuertemente lastradas por la corrupción. Más relevante aún para el tema objeto de la presente

<sup>2</sup> Vid., Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. XL Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Las Compras Públicas como Herramienta de Desarrollo en América Latina y el Caribe. Documento SP/ Di 11-14, 2014, recuperado en 9 de mayo de 2016, de <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/14876.pdf>

<sup>3</sup> Vid., Ibidem, p. 6.

<sup>4</sup> Acuerdo sobre Contratación Pública, anexo al Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, 30/3/2012, recuperado de [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/rev-gpr-94\\_01\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf)

contribución, dado que el sector público concurre a un mercado de bienes y servicios, resultan las prácticas anticompetitivas, muy comunes entre los oferentes, con el objetivo de evitar la competencia, acordar condiciones favorables de contratación incluido el precio y lograr mayores beneficios económicos en detrimento de las finanzas públicas y, consecuentemente, del contribuyente. La práctica de desarrollar actos que manifiesten la existencia de un acuerdo entre los competidores, con el objetivo de evitar la competencia entre sí y mejorar de modo ilegítimo su posición negociadora frente al Estado, se conoce como colusión en compras públicas.

Este fenómeno ha sido objeto de atención tanto por la norma que rige la contratación pública, como por el derecho de competencia, siendo precisamente el punto de tangencia entre ambas disciplinas normativas. En cualquier caso, usualmente incluye la prohibición expresa y *per se*, junto a su sanción contra las empresas y representantes legales involucrados. Dada la consecuencia jurídica sancionatoria, se debe hablar entonces de un procedimiento ante una autoridad, administrativa o jurisdiccional, para la determinación de la responsabilidad de rigor, tanto penal como civil o administrativa.

En este caso, donde existe procedimiento existe dilación temporal, cuyas consecuencias pueden impactar el patrimonio de la parte afectada por medio de maniobras dilatorias, tácticas de disipación de activos, desaparición de evidencia y demás, con el objetivo de evitar que dicho procedimiento tenga un resultado sancionatorio o que repercuta en el patrimonio en cuestión. Esta es la razón por la cual en tales casos se requieren de medidas cautelares, para salvaguardar determinadas circunstancias que sirven al procedimiento en sí mismo y a su propósito de afectación al patrimonio del sujeto eventualmente responsable.

## **2. REGLA DE LA RAZÓN VS REGLA *PER SE* EN LA COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS.**

En este contexto, la adopción de medidas cautelares está vinculada a los estándares de determinación del carácter ilícito o no de la colusión en compras públicas, que son los mismos del derecho de competencia: la regla *per se* o la regla de la razón. Esta última consiste en que no toda conducta típica anticompetitiva es necesariamente ilegal, sino solo aquellas que no logran vencer un análisis en razón del cual, los presuntos beneficios que pueda aportar dicha conducta a los consumidores, al avance tecnológico en el sector o el desempeño económico en general logra superar el daño provocado a la competitividad en el mercado relevante. Sus antecedentes se remontan al caso *Standard Oil* (Standard Oil Co. of New Jersey v US, 211 US 1, 1911), el cual determinó que el escrutinio judicial de las prácticas anticompetitivas ameritan un análisis casuístico; posteriormente la regla de la razón fue desarrollada en *Chicago Board of Trade*, al declarar la validez de la práctica restrictiva si su efecto útil es favorable y promotor de la competencia, y no es válida si su efecto útil es restrictivo o supresor de la competencia. Dicho caso menciona los aspectos a tener en cuenta para aplicar la regla de la razón: las circunstancias objetivas específicas del mercado objeto de restricción, la naturaleza de la restricción (de efecto real o de efecto probable), los antecedentes y las razones por las cuales los competidores erigen la restricción de rigor (Kovacic & Shapiro, 2000: 47; Kaplow & Shapiro, 2007: 55). La finalidad de la regla radica en asegurarse que la competencia logre la asignación eficiente de recursos -*allocative efficiency*-; y, en este sentido es vista como un proceso y no una situación estática; por su parte, el método de aplicación de dicha regla es análogo a la ponderación.

En los siguientes ejemplos de aplicación de la regla de la razón, si bien han declarado ilícita la práctica anticompetitiva, su razonamiento ha sido ejemplarmente ponderativo. En *National Society of Professional Engineers v US*, 435 US 679, 1978, la regla ética que prohíbe a los ingenieros negociar el precio hasta el momento en que resulte seleccionado por el cliente para el proyecto fue declarada ilegal bajo el argumento por el cual la elusión de la negociación del precio antes de la adjudicación del proyecto genera como efecto que el cliente descarte la cuestión de

la seguridad; el tribunal determinó en este caso que es una decisión del cliente y que los oferentes no pueden establecer el parámetro de seguridad que determinen, sino que es una cuestión del mercado y de las autoridades regulatorias. De igual manera, en *Federal Trade Commission v Indiana Federation of Dentists*, 476 US 447, 1986, el acuerdo entre todos los proveedores de servicios médicos dentales de no suministrar información ninguna a las compañías aseguradoras en represalia a una medida adoptada por las últimas de establecer un procedimiento de revisión por personal no experto en odontología, fue declarada ilegal. La regla de la razón determinó que si bien pudiera parecer *a priori* legítimo el acuerdo, los dentistas tienen la opción legal y de mercado de no contratar con las compañías aseguradoras, por lo cual no pueden imponer como grupo a estas compañías las condiciones del servicio de seguro. A su vez, en *National Collegiate Athletic Association v Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 US 85, 1984, se invocó la regla de la razón para determinar el carácter ilegal de la restricción por la cual una asociación de deporte universitario prohíbe a las universidades vender directamente sus derechos de transmisión televisiva de eventos deportivos.

Varios casos han legitimado prácticas anticompetitivas a la luz de la regla de la razón. Probablemente el caso líder sería *Chicago Board of Trade*, en el que la Corte Suprema determinó que es legítima la restricción en la libertad de acción individual con el propósito de generar un beneficio colectivo mayor en el mercado, por medio de la negociación bajo los procedimientos formales en bolsa (Kaplow & Shapiro, 2007: 57; Kovacic & Shapiro, 2000: 49). Por otra parte, en *Broadcast Music Inc v Columbia Broadcasting System, Inc*, 441 US 1, 1979, la Corte Suprema determinó válido un acuerdo entre BMI y ASCAP (titulares de derechos de autor de casi toda la música compuesta y producida en EEUU) de licenciar paquetes de obras musicales por un único pago, a pesar de que fue contestada por particulares como fijación ilegal de precios. En este caso, la opción alternativa es la negociación particular entre millones de autores y productores con millones de consumidores por millones de composiciones musicales, en razón de lo cual la Corte determinó que si bien la actividad concertada por BMI y ASCAP puede predicarse ilegítima, es consistente con la economía de escala en la negociación y contratación de licencias de derecho de autor en EEUU. La alternativa de abandonar la negociación uniforme de precios de licencia de derecho de autor musical sería desastrosa para la industria del entretenimiento en términos de costos de transacción.

No obstante todo lo mencionado anteriormente, la regla de la razón no es aplicable a la colusión en compras públicas. En este supuesto se aplica la regla *per se*, dispuesta por la sección 1 de la Ley Sherman y consiste en la declaración de ilicitud *ipso iure* de determinadas conductas anticompetitivas típicas como la fijación de precios o el *bid-rigging*. En el caso *US v Trenton Potteries Co.*, 273 US 392, 1927, el tribunal determinó que los acuerdos de fijación de precios son *per se* tan perniciosos que la aplicación de una sofisticada regla de razón no puede validar dicho tipo de acuerdo. Esta decisión se inscribe como precedente contrario a la regla de la razón y favorable a la prohibición *per se* de la colusión<sup>5</sup>. En este sentido, *Trenton Potteries* corrige la tesis de *Chicago Board of Trade* de que los acuerdos colusivos ameritan un análisis casuístico previo a su invalidación (Kovacic & Shapiro, 2000: 7). En igual sentido absoluto, el caso *US v Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 US 150, 1940, en el que la Corte Suprema determinó que los acuerdos horizontales de fijación de precios serán prohibidos *per se* y serán tratados como

---

<sup>5</sup> La regla de la razón retorna en el caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) en el que la Corte cita a la Escuela de Chicago y dispone nuevamente que las conductas colusorias ameritan un análisis casuístico y no una prohibición *per se*. En cualquier caso, su retorno no es absoluto, sino que el precedente favorable a la regla de la razón (*Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 1982; *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411 1990) convive con el precedente favorable a la prohibición *per se* (*Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 1979, *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 84, 1984) (Kovacic & Shapiro, 2000: 14).

delito federal, sin atender al daño (Kovacic & Shapiro, 2000: 9). En el caso *Interstate Circuit, Inc. v. US*, la Corte sostuvo que los acuerdos horizontales ilegales pueden incluso ser probados solo por evidencia circunstancial, sin requerirse prueba plena -*smoking gun*- (Kovacic & Shapiro, 2000: 10).

Otros supuestos de colusión bajo prohibición *per se* son la venta condicionada en *Northern Pacific Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958) y en *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947); la limitación de la distribución geográfica del producto en *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967); el *boycott* al proveedor para forzarlo a no vender a la competencia en *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959); los acuerdos horizontales de distribución de mercados en *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593 (1951); y los acuerdos de venta en exclusiva para un área geográfica en *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596 (1972).

La dicotomía regla *per se* / regla de la razón trasciende a la cuestión cautelar en los requisitos para adoptar una medida en concreto. En un caso sometido a la regla *per se*, la acreditación de los requisitos resulta ser sencilla, siendo suficiente aportar evidencia preliminar de la práctica anticompetitiva; sin embargo, en los casos sometidos a la regla de la razón, a la acreditación de los requisitos de rigor, debe añadirse una ponderación preliminar que justifique que la conducta es legítima o no a la luz de dicho criterio ponderativo. En razón de ello y como conclusión preliminar, los presupuestos y requisitos para adoptar medidas cautelares en apoyo a un proceso / procedimiento sobre prácticas anticompetitivas sometidas a la regla *per se* serán de intensidad mucho menor a las prácticas sometidas a la regla de la razón.

### **3. IMPORTANCIA DE LA TUTELA CAUTELAR ANTE COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS.**

La necesaria tutela cautelar a la colusión en compras públicas se deriva de varios factores. En primer término, el ineludible imperativo del tiempo requerido por el procedimiento o proceso para determinar la existencia o no de colusión y una vez determinada, la identidad de los responsables y la cuantía o entidad de dicha responsabilidad. En segundo lugar, el riesgo de ejecución de maniobras y subterfugios por la parte eventualmente responsable, con el propósito de menoscabar la eficacia de la eventual decisión de responsabilidad sobre su patrimonio.

En tercer lugar, el factor transfronterizo en razón del cual la entidad pública convocante a concurso o subasta pública es nacional de un Estado mientras que los oferentes o parte de ellos pueden ser nacionales de otro Estado. Este fenómeno no constituye una excepción sino más bien la regla en la contratación pública en la actualidad. Los más recientes avances en la normativa internacional sobre la materia, sobre todo a partir del Acuerdo de Compras Públicas en el marco de la OMC, han contribuido de modo relevante a la institucionalización de un mercado global, y con ello, la eficacia transfronteriza del derecho de contratación pública.

Entre las maniobras y subterfugios anteriormente mencionados, caben un sinnúmero imposible no solo de mencionar sino además de resumir; no obstante, puede trazarse una clasificación de las mismas en relación con el objeto de dichas maniobras. En primer término, la disipación de activos financieros o estimables económicamente, sea por medio de transferencia bancaria o movimiento físico de bienes. Este tipo de maniobra pretende evitar que el vencedor en juicio pueda satisfacer su derecho a resarcimiento por el daño patrimonial. En segundo lugar, la destrucción o no conservación de la evidencia útil para el procedimiento o proceso en el que se ventila la colusión. Para el logro de este subterfugio, usualmente se ejecuta la destrucción del material probatorio o se omiten las acciones de debida conservación tanto del material físico como digital.

Suele ocurrir con determinada frecuencia, que la detección de la conducta colusoria ocurre una vez adjudicado el contrato público, el cual puede ser no solo

de adquisición de bienes y servicios sino además de administración de determinada empresa, o más grave aún, la construcción de una obra de infraestructura. En estos casos resulta vital la disponibilidad de medidas cautelares para evitar que disminuya o se afecte el estándar de administración de la empresa.

Dada su importancia, la tutela cautelar ante colusión en compras públicas ha sido reconocida de modo expreso por varias legislaciones. Entre ellas, debe destacarse la Ley de Prácticas de Comercio de Australia de 1974 –*Trade Practices Act*-, y en EEUU, la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio que expresamente otorga a dicha agencia la atribución de solicitar medidas cautelares en casos de conductas de *bid rigging*, categoría que designa la colusión en compras públicas en el derecho antimonopolio de los EEUU (OCDE, 2015: 49, 97). De igual forma, las propias entidades administrativas encargadas de la vigilancia y control del mercado tienen atribuciones para otorgar medidas cautelares en procedimientos administrativos; como ejemplo en el área latinoamericana pueden mencionarse la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en Ecuador.

#### 4. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES.

Dada cuenta de los tipos de conductas y subterfugios que las partes puedan ejecutar con el objetivo de privar de eficacia la resolución definitiva de la autoridad administrativa o judicial sobre colusión en compras públicas, se requiere entonces una tipología de medidas cautelares que se ajuste a los requerimientos de conservación de la eficacia de la decisión final al respecto. Dentro de esta tipología, deben resaltarse las medidas cautelares encaminadas a la protección de la prueba, teniendo en consideración que una de las principales insuficiencias en la litigación sobre colusión en compras públicas es la carencia de este material probatorio (Ramírez Duarte, 2012: 172). De cualquier forma, en un caso ya mencionado, se ha establecido la necesidad de contar con varios tipos de medidas cautelares<sup>6</sup>.

Probablemente, la medida cautelar más mencionada por los autores sobre colusión en compras públicas es la suspensión del procedimiento licitatorio. Lo cierto es que cuenta con detractores, quienes sostienen la tesis de resultar contrario a la misión de la administración consistente en la necesaria tutela del interés público. Ello es la razón por la que de aceptarse, se le exige un alto grado de certidumbre en el derecho sustantivo, es decir, que se adopte cuando exista material probatorio contundente (Ramírez Duarte, 2012: 195). No obstante, dicha exigencia es a su vez contradictoria respecto de la naturaleza y esencia de las medidas cautelares, las cuales dada su provisionalidad exigen la acreditación preliminar, no definitiva del fondo del asunto.

Velandia admite este tipo de medida cautelar en derecho colombiano<sup>7</sup>; de igual manera, el ya referido caso Felizzola:

“La figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, [...] que impide, [...] que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente” (Velandia, 2011 citando la sentencia en el

---

<sup>6</sup> Vid., caso Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola vs Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente, sentencia CE SIII E 54549/2015. A pesar de la tipología citada, una autora colombiana alude a la escasa frecuencia de solicitud de medidas cautelares en procesos de este tipo, así como a los tipos de medidas disponibles:

“Sobre los efectos de los procesos frente al proceso de licitación, debe tenerse en cuenta el tema de las medidas cautelares. Si bien pueden solicitarse y son procedentes, es poco viable y de hecho en la práctica no ha sido decretada la primera. Las principales para el caso de la colusión dependiendo del momento en que se encuentre la licitación, son las siguientes: suspensión del proceso licitatorio y, no suscripción del contrato o suspensión de la ejecución del contrato ya suscrito” (Ramírez Duarte, 2012: 264).

<sup>7</sup> Vid., VELANDIA, M. Derecho de Competencia y del Consumo, Universidad Externado de Colombia, 2011.

caso Felizzola).

No obstante, dichas medidas tienen detractores, entre ellos, Ramírez Duarte:

“Es poco probable que una entidad como la [Superintendencia de Industria y Comercio] SIC e incluso un juez de la República, se atreva a solicitar cualquiera de las anteriores, teniendo en cuenta los intereses de carácter público que se encuentran de por medio. Sobre el particular valdría la pena preguntarnos ¿qué pasaría en el caso de que la medida cautelar que ordenara la suspensión de la licitación fuera decretada, pero al final resultara que la conducta no existió o que no es ilegal?” (Ramírez Duarte, 2012: 265).

No obstante lo anterior, la colusión en compras públicas amerita tutela cautelar por la dilación en los procesos y procedimientos aludidos. Es precisamente el tiempo requerido para actuar lo que exige la disponibilidad de medidas cautelares que impidan que el tiempo sea factor a utilizar por una de las partes para privar de eficacia al resultado definitivo de las controversias vigentes. De igual manera, la administración tendría a su disposición la medida cautelar de conservación del procedimiento licitatorio, a la disponibilidad no solo de la autoridad licitante sino además de todos los demás oferentes no colusorios, para evitar que se suspenda la licitación por el hecho de haberse encontrado colusión entre un grupo de oferentes.

En el caso de EEUU, la tutela cautelar en casos de colusión en compras públicas se caracteriza por tipos de medidas muy singulares, como es la revisión judicial anticipada del contrato. Esta medida se enmarca en las dos posibles soluciones judiciales sobre la validez y eficacia de un contrato público resultante de un acuerdo colusorio. El primer enfoque judicial consiste en la intangibilidad del contrato –*property rule*–, sea declarando su validez o su nulidad, *in toto*, en toda su integridad, es la tesis del todo o nada. El segundo enfoque consiste en la revisión judicial del contrato, con lo cual se admite que el juez modifique su contenido dispuesto por las partes –*liability rule*–. Este puede manifestarse de dos maneras distintas: por una parte, el juez puede declarar nulidad sobre una parte del contrato y declarar la validez parcial del mismo, lo cual ocurre frecuentemente con los contratos por adhesión; por otra parte, el juez puede modificar la redacción de las cláusulas eventualmente impugnadas<sup>8</sup>.

Entonces, el juez puede realizar una revisión judicial positiva del contrato o reconstrucción, la cual puede ser cuantitativa o cualitativa. La primera implica modificar elementos como el precio, la duración del contrato, la tasa de interés del crédito comercial u otros que sean razonablemente cuantificables. Por su parte, la segunda implica modificar cláusulas relativas a los elementos esenciales comunes subjetivos y objetivos del contrato, es muy rechazado e implica la sustitución de la voluntad de las partes por la voluntad del juez<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> La revisión judicial del contrato en derecho anglosajón ha sido admitida en razón de la sección 302, capítulo 2 del Código Comercial Uniforme y algún caso de especial importancia (*Wilson v First County Trust Ltd*, QB 407, CA, 2001). No obstante, los tribunales son reticentes al uso de esta prerrogativa, probablemente debido al fuerte precedente judicial de deferencia casi reverencial a la letra del contrato dispuesta por las partes: *Lord Loughborough LC in Middleton v Lord Kenyon*, 1794, 2 Ves 391; *Kugler v. Romain*, 279 A.2d 640, 58 N.J. 522 (1971), *Kerr McGee Corp. v. Northern Utilities, Inc. v Northern Utilities, Inc. v. Amoco Production Co. and Phillips Petroleum Co.*, 500 F. Supp. 624 (D. Wyo. 1980) (Hatzis: 9). La revisión judicial del contrato por sustitución de cláusulas es rechazada teniendo en cuenta que genera incertidumbre normativa en el mercado y con ello eleva los costos de transacción. En el sistema continental europeo, por otra parte, los jueces muestran mayor activismo (Hatzis, A., Zervogianni, E., 2006: 4 y 11).

<sup>9</sup> El citado autor menciona determinados argumentos contrarios a la revisión judicial positiva del contrato: el argumento de la conducta oportunista (la parte contractual fuerte insertará cláusulas abusivas en el contrato en previsión a revisión judicial), el argumento del riesgo moral (la parte contractual débil aceptará cláusulas abusivas en el contrato en previsión a la revisión judicial), el argumento de la dualidad principal-agente (la revisión judicial del contrato convierte al juez en agente de las partes, cuando no es su función ni tiene

## 5. CONCURRENCIA DE ACCIONES Y RESPONSABILIDAD. EL PRINCIPIO DE PREJUDICIALIDAD.

Los tipos específicos de medidas cautelares resultarán disponibles en relación, a su vez, con el tipo de acción, proceso o procedimiento que pretendan asegurar o garantizar en términos de su eficacia. En este sentido debe hablarse, en derecho de competencia, de la concurrencia de acciones de diversa naturaleza cuyo objeto sería la práctica de colusión en compras públicas; por ello, debe tenerse en cuenta que la cuestión cautelar constituye un incidente respecto del proceso o procedimiento principal, dado que sirve al propósito de la eficacia de éste último<sup>10</sup>. En razón de este carácter subsidiario, instrumental y accesorio, la unidad o diversidad de posibles procesos y/o procedimientos, afecta de modo sustancial la disponibilidad y el tipo de medidas cautelares frente a prácticas de colusión en compras públicas.

A esta diversidad de acciones, debe añadirse la diversidad que se deriva de la dualidad normativa que le es característica a la regulación del fenómeno de la colusión en compras públicas. Esta dualidad ya aludida, representada por la norma sobre contratación pública y por el derecho de competencia, usualmente le sigue la dualidad de foros, tanto para cuestionar o invalidar los actos de negociación precontractuales y el propio contrato público, como para exigir responsabilidad a los propios competidores que falsearon la concurrencia y afectaron el patrimonio del Estado. Las dos soluciones normativas típicas a la concurrencia de normas, resultan provenir, al menos una de ellas, del propio ámbito cautelar: la orden de prohibición de litigar –*anti-suit injunction*– y por otro lado, el principio de prejudicialidad.

La orden de no litigar constituye un tipo de medida cautelar de carácter personal que conmina a no presentar otra acción o iniciativa procesal en otro foro distinto a aquel que resulta principal. El solicitante de este tipo de medida busca evitar la diversidad de foros como maniobra de la parte presuntamente responsable la cual se vería beneficiada con una eventual nulidad procesal ante una situación de diversidad de fallos o decisiones contradictorias sobre la misma materia. Esta solución normativa es muy útil en litigación transfronteriza, cuando las partes optan cada una por traer el caso a sus propios tribunales. De igual forma, resulta muy útil en la litigación nacional ante la no vigencia del principio de prejudicialidad; por ejemplo, permite que no se abra otro litigio con el mismo objeto sin que termine la investigación y sustanciación de la conducta colusoria por la autoridad administrativa competente.

La segunda solución la constituye el principio de prejudicialidad. Este dispone un orden de prelación de foros ante un panorama normativo que ofrece diversidad de ellos para ventilar la colusión en compras públicas. Es una preclusión impropia, pues no ocurre dentro del propio proceso sino fuera de él, en el que las fases procesales se sustituyen por los procesos y procedimientos específicos en los que se puede ventilar la cuestión objeto de controversia. En términos prácticos, este principio dispone qué instancia jurisdiccional o autoridad administrativa

---

información relevante, se convertiría en árbitro de precios –*preiskommisar*– o árbitro de negocio jurídico en los términos de Díez-Picazo).

A pesar de tales argumentos, un ejercicio de ponderación otorga mayores méritos a los favorables a la revisión judicial: la parte perjudicada tendrá escasas o nulas posibilidades de obtener un contrato alternativo en mejores condiciones, genera ahorro en costos de transacción y no un incremento pues evita una re-negociación que no se compensará con ahorros en mejores condiciones de un nuevo contrato, es un remedio o atribución ya reconocida y admisible tanto en derecho continental romano-francés (excesiva onerosidad de las prestaciones, desequilibrio prestacional, rescisión), como en derecho anglosajón (*hardship, unconscionability*) (Hatzis, A., Zervogianni, E., 2006: 14, 18 al 20).

<sup>10</sup> Sobre los caracteres de la tutela cautelar, es suficiente remitirse a los clásicos del derecho procesal civil, una sistematización moderna podemos encontrarla en Pérez Daudí, V., 2012; en el área anglosajona resulta relevante el siguiente estudio: Stoll-DeBell, K., Dempsey, N.L., Dempsey, B.E., 2009.



resultará competente para conocer de la *litis* sobre la cuestión objeto de análisis y las instancias de segundo y tercer orden sucesivamente. La formulación típica del principio de prejudicialidad es la declaración formal de otorgar competencia al organismo administrativo y una vez que emita su decisión definitiva, ésta será recurrible por la vía judicial, sea a través del contencioso-administrativo o en lo civil<sup>11</sup>.

El principio de prejudicialidad resulta ser una solución apropiada para el fenómeno de la diversidad de acciones a lo interno de un ordenamiento jurídico nacional concreto, dado que resuelve el siempre espinoso problema del *fórum shopping*, por el cual la parte interesada presenta acción ante la instancia que le resulte más conveniente para el logro de su propósito litigioso. Esta es la razón por la cual, el Reglamento 1/2003 del Consejo de la Unión Europea, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, en su Consideración 22, recomienda a los Estados miembros evitar un sistema de competencias paralelas para evitar decisiones contradictorias que vulneren los principios de seguridad jurídica y de aplicación uniforme de las normas sobre competencia<sup>12</sup>.

## 6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

De todas las vías procesales para la represión de la colusión en compras públicas, el procedimiento administrativo constituye la mayor de las veces el preferido. Consiste en la investigación y determinación de una conducta anticompetitiva por parte de un organismo administrativo, sea de la administración pública gubernamental, en otro de los poderes públicos o un organismo autónomo. Para ello, dispone de un procedimiento de ley, o por su propia potestad reglamentaria, que emula el proceso con sus fases preclusivas de instrucción, presentación de escritos polémicos, sustanciación, audiencias y decisión.

A modo de ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia es la autoridad competente para determinar, con arreglo a un procedimiento administrativo que incluye investigación y sustanciación, la existencia o no de prácticas anticompetitivas típicas, entre las cuales se incluye la colusión en compras públicas. Dado que en esta materia confluyen el derecho de competencia y la norma vigente en materia de contratación pública, es común la dualidad institucional para la represión de estas prácticas por vía administrativa<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> El principio de prejudicialidad no es admitido de modo universal. En este sentido, tomemos como ejemplo de análisis la legislación colombiana, dado que admite pluralidad de acciones y procedimientos para la represión de la colusión en compras públicas:

“Sobre el particular, quisiera hacer una claridad preliminar: en materia de colusión en licitaciones no hay prejudicialidad, por lo cual, cualquiera de las acciones enunciadas podrá ser iniciada de forma paralela o incluso sin que exista investigación en la SIC o fallo penal, siempre que se cumpla con los demás supuestos procesales” (Ramírez Duarte, 2012: 157). Un argumento favorable a la vigencia del principio de prejudicialidad en Colombia radica en la competencia exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio para la investigación y sanción de prácticas restrictivas de la competencia: art. 6, Ley 1340/2009: “La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas...”; art. 1, Decreto 3523/2009, modificado por el art. 1, Decreto 1687/2010: “Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales”.

<sup>12</sup> Consideración 22: “En un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar así el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias. Por tanto, es preciso aclarar los efectos de las decisiones de la Comisión y de los procedimientos en los tribunales y por las autoridades de competencia de los Estados miembros con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Las decisiones de la Comisión que impongan compromisos no afectan a la facultad de los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia de los Estados miembros para aplicar los artículos 81 y 82 [actuales artículos 101 y ss.] del Tratado”.

Vid., Reglamento CE 1/2003 de 16/12/2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 4/1/2003, recuperado de <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>

<sup>13</sup> En el caso de Colombia, ante la evidencia de práctica anticompetitiva, se instala el

El procedimiento administrativo está integrado por varias etapas: indagación preliminar (con el objetivo de determinar si hay méritos para iniciar una investigación), investigación (notificación a los presuntos infractores, derecho de presunto infractor a presentar pruebas de descargo y de todos los interesados en presentar presuntas alegaciones, colaboración de las partes en la investigación) y sanción, a partir de los resultados de la investigación y sustanciación, así como sujeto al principio de proporcionalidad (art. 26, Ley 1340/2009).

Como se ha anunciado anteriormente, el panorama de la litigación en derecho de competencia está caracterizado por la pluralidad de cauces procesales. En este sentido cabe hablar de doble vía administrativa: el procedimiento administrativo ante la autoridad especializada para la determinación de la conducta o práctica anticompetitiva y el proceso contencioso ante los tribunales competentes por razón de materia, contra la resolución adoptada por la autoridad administrativa. En este sentido, cabe hablar del valor probatorio de lo actuado y probado en el ámbito administrativo para lo contencioso y otras acciones que resulten procedentes.

A diferencia de la acción civil, en el procedimiento administrativo no se pretende el resarcimiento dado que no se ventila la responsabilidad civil del infractor, de tal modo que resulta superfluo aludir en este contexto a los presupuestos que son el acto ilícito, el daño patrimonial y el nexo causal. Este tipo de procedimiento, de carácter más cercano al sancionatorio tiene por principal elemento normativo la tipicidad, como expresión positiva de la protección de un bien jurídico desde el derecho administrativo sancionador y no la reparación del daño que se sustenta en la responsabilidad civil. En este sentido, la consecuencia jurídica del procedimiento es la atribución o no de responsabilidad administrativa y la imposición de una sanción, las cuales generalmente son de dos tipos: de carácter pecuniario o un mandato de cesar y desistir –*cease-and-desist order*<sup>14</sup>.

## 7. TUTELA CAUTELAR AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Dado el efecto mimético del proceso en el procedimiento administrativo, de la misma forma que el primero se sirve de las medidas cautelares para garantizar la

---

procedimiento administrativo sancionatorio por la Superintendencia de Industria y Comercio, conforme al derecho de competencia vigente: Ley 155/1959, Decreto 2153/1992, Ley 1340/2009 y Decreto 0019/2012. Así mismo, las competencias de la SIC tienen naturaleza reglada, por lo que no puede pronunciarse sobre la validez del contrato público resultante de la colusión y contra la resolución de la SIC procede acción ante lo contencioso-administrativo y acción constitucional.

<sup>14</sup> Este tipo de sanción, propia de las autoridades de derecho de competencia, tiene su origen en la Comisión Federal de Comercio de los EEUU y su adopción constituye una de sus principales atribuciones en materia sancionatoria de prácticas anticompetitivas de relevancia federal. Vid., WARD, P.C. Federal Trade Commission. Law, Practice and Procedure, Law Journal Press, 2005.

En el caso de Ecuador, usualmente se adopta la decisión de cese de la práctica anticompetitiva como medida preventiva al amparo del artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –en lo adelante, LORCPM- y artículo 73 de su Reglamento –en lo adelante, RLORCPM-; ejemplos de su aplicación lo encontramos en la Resolución de 25/6/2014, en expediente 0025-SCPM-CRPI-2014, incoado contra Directv Ecuador Cía, Ltda. junto a la Resolución de 7/7/2014 en expediente 0026-SCPM-CRPI-2014, que ordena cese de práctica de competencia desleal, incoado contra Tevecable, SA. En materia sancionatoria, debe destacarse en el ámbito europeo la posible sanción administrativa hasta el 10% del capital social, conforme el artículo 23 del Reglamento 1/2003. Vid., Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de Medidas Preventivas, Expediente 0025-SCPM-CRPI-2014, recuperado de <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/06/RESOLUCION-C3%93N-MEDIDAS-PREVENTIVAS-para-boletin.pdf> y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de Medidas Preventivas, Expediente 0026-SCPM-CRPI-2014, recuperado de <http://www.eltelegrafo.com.ec/images/eltelegrafo/banners/2014/07-14-RESOLUCION-MEDIDAS-PREVENTIVAS-DIRECTV-EN-CONTRA-DE-TEVECABLE.pdf>

eficacia de la sentencia judicial y las posibilidades de satisfacción de la presunta parte vencedora en juicio, en el procedimiento administrativo se disponen análogas medidas con el propósito sobre todo de anticipar la decisión definitiva de la autoridad, así como evitar o mitigar el daño producto de la presunta práctica mientras dura dicho procedimiento.

La típica medida cautelar dispuesta en el procedimiento administrativo para este tipo de prácticas anticompetitivas es la suspensión de la licitación, medida que si bien resulta a tono con el diseño doctrinal del incidente cautelar replicado en función de la vía administrativa, resulta contraproducente con su propósito. La suspensión del procedimiento licitatorio tiene sentido si se considera que impide temporal y provisionalmente la adjudicación del contrato al oferente erróneo y en condiciones que son el resultado de una estratagema para absorber mayores recursos públicos hacia los coludidos. No obstante, el efecto suspensivo puede tener consecuencias dañinas: la suspensión de una licitación puede resultar en un considerable retraso que puede redundar en perjuicio del interés público<sup>15</sup>. En este caso el mejor enfoque es la coordinación inter-institucional entre las autoridades de derecho de competencia y de contratación pública, con el propósito de determinar, aunque sea en términos *prima facie*, el probable daño que pueda generar la suspensión de la contratación en el sector público<sup>16</sup>.

En el caso colombiano, encontramos las medidas cautelares en el art. 4, numeral 11, Decreto 2153, modificado por art. 18, la Ley 1340/2009 y Art. 1, párrafo 5, Decreto 3523/2009, modificado por el Decreto 1687/2010, de las funciones y atribuciones de la SIC<sup>17</sup>. De igual forma, entre tales medidas se

---

<sup>15</sup> Vale citar como ejemplo de medida cautelar de suspensión del proceso de licitación: Resolución 39/2015, Dirección General de Contrataciones Públicas, Ministerio de Hacienda, República Dominicana, medida cautelar de suspensión de procedimiento de licitación, accionante: FS Ingeniería, SRL, Eléctrica Tonos, SRL, y Consorcio de Empresas Contratistas Técnicos & Asociados, CECTA, SRL, contra procedimiento de licitación pública nacional LPN-EDEESTE-006-2014, de la Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, para la contratación de servicios de gestión comercial en las zonas de concesión de EDEESTE.

<sup>16</sup> Sobre el efecto contraproducente de la medida cautelar de suspensión de la licitación: "la SIC a la fecha ni siquiera ha decretado la primera medida cautelar que tenga efectos sobre la licitación precisamente por eso, por no "invadir" otros campos y por el miedo a entorpecer el desarrollo de licitaciones y la celebración oportuna de contratos por parte del Estado, para el cumplimiento de los fines establecidos" (Ramírez Duarte, 2012: 279).

En el caso de Ecuador, la coordinación inter-institucional se realiza entre la Superintendencia de Control de Poder de Mercado -SCPM- y el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-. La misma queda dispuesta por el artículo 20 LORCPM que establece el deber de implementar sistemas de información interconectados con otras entidades del sector público para el logro de sus fines y ejercicio de sus atribuciones; de igual forma, el artículo 38 numeral 13 establece la facultad de la Superintendencia para requerir a otras instituciones públicas las acciones que correspondan para el logro de los fines y propósitos de defensa de la competencia.

Vid., Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, 13/10/2011, recuperado de <http://scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/02/Ley-Org%C3%A1nica-de-Control-de-Poder-del-Mercado.pdf>.

<sup>17</sup> Vid., Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial 40704 de 31/12/1992, recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2153\\_1992.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html) ; Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, Diario Oficial 47420 de 24/7/2009, recuperado de [http://quindio.gov.co/home/docs/items/item\\_109/47420.pdf](http://quindio.gov.co/home/docs/items/item_109/47420.pdf) ; Decreto 3523 de 2009, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias, Diario Oficial 47473 de 15/9/2009, recuperado de [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto\\_3523\\_2009.htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_3523_2009.htm) ; Decreto 1687 de 2010, por el cual se modifica el Decreto 3523 de 2009, Diario Oficial 47709 de 14/5/2010, recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_1687\\_2010.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1687_2010.html).

Ley 155 de 1959, de 14/12, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas

destacan la orden de cesación provisional de la conducta desleal ya efectuada o cuando sea inminente (con el objetivo de garantizar el efecto sancionatorio); la sustanciación con celeridad, si hay peligro grave o inminente, la cual se resolverá dentro de las 24 horas desde la presentación de la solicitud. En el caso ecuatoriano, el procedimiento administrativo para la determinación de una conducta colusoria en compras públicas tiene previsto la adopción de medidas cautelares bajo la denominación de medidas preventivas.

El artículo 62 LORCPM y 73 RLORCPM disponen que la SCPM tendrá atribuciones de adopción de medidas preventivas del siguiente tipo: orden de cese de conducta, imposición de condiciones, suspensión de efectos de actos jurídicos relacionados con la conducta prohibida, adopción de comportamiento positivo y otras. Estas medidas podrán, a solicitud de parte o de oficio, ser modificadas o revisadas en virtud de circunstancias sobrevinientes y se extinguirán a los 15 días desde su adopción si en dicho plazo no se inicia el procedimiento de investigación objeto de protección cautelar. De igual forma, en Ecuador la ley dispone que las medidas preventivas disponibles en casos de investigación de conductas anticompetitivas en general y colusión en compras públicas en particular tendrán por finalidad la preservación de las condiciones de competencia, evitar el daño y asegurar la eficacia de la resolución definitiva del caso. Así mismo, se excluyen expresamente como tales la privación de libertad, la prohibición de salida del país y el arraigo, las cuales quedan fuera de la competencia de la SCPM; mientras que los criterios para adoptar tales medidas son la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño<sup>18</sup>.

#### 8. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SU TUTELA CAUTELAR.

En virtud del anunciado principio de prejudicialidad y más aún, dada la naturaleza del mismo, el proceso contencioso-administrativo no es la primera opción procesal contra las prácticas de colusión en compras públicas, dado que requiere como presupuesto un acto administrativo contra el cual dirigir la acción. Sin embargo, de acuerdo al propio principio, es posible recurrir al contencioso contra el acto administrativo declaratorio del postor ganador en la subasta o licitación pública, con lo cual no se requiere un acto administrativo de la autoridad sobre derecho de competencia. En definitiva, aquí la doble vía administrativa se concentra en una sola avenida procesal.

La típica medida cautelar disponible en el contencioso-administrativo consiste en la suspensión provisional del acto, sin embargo, su repercusión en la realización del interés público objeto de tutela por la administración se ve en serio riesgo, por lo cual se ha sugerido un elevado estándar de prueba, aun cuando se trate de una medida cautelar sometida a evaluación *prima facie*. En Colombia, el Consejo de Estado ha considerado que dicha medida requiere una causa manifiesta o un alto despliegue probatorio sobre el fondo del asunto<sup>19</sup>. Esto, sin duda alguna implica un criterio de adopción cautelar estricto<sup>20</sup>. De cualquier manera, nada obsta

---

comerciales restrictivas, Diario Oficial 30138, 22/1/1960, recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38169>

<sup>18</sup> Sobre las causales, tipos, sustanciación del procedimiento, revisión y extinción de medidas preventivas en derecho de competencia en Ecuador, vid., art. 62 LORCPM y artículos 73 al 79 RLORCPM.

<sup>19</sup> En similar sentido, Ramírez Duarte al comentar la sentencia de 13/12/2001, sección tercera, sala de lo contencioso, Consejo de Estado, magistrado ponente Hoyos Duque: "La procedencia de la suspensión de un acto administrativo opera con carácter restrictivo, dada la presunción de legalidad y ejecución directa del mismo, por lo cual es indispensable que el peticionario de la medida cumpla previa y estrictamente con los requerimientos de ley" (Ramírez Duarte, 2012: 253).

<sup>20</sup> El criterio cautelar estricto ha sido reconocido por algún caso en Colombia. En este sentido, "(...) En la determinación de una medida cautelar, el Juez debe tener en cuenta: i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente

para que la cara de la moneda tenga reverso: del mismo modo que se reconoce la medida cautelar de suspensión del acto, la propia administración puede adelantarse y solicitar medida cautelar de no suspensión del acto bajo el argumento de tutelar el interés público que la propia administración encarna por medio del acto en cuestión y así evitar la maniobra cautelar contraria.

### 9. ACCIÓN CIVIL Y SU TUTELA CAUTELAR.

Una de las acciones a disponibilidad de la parte interesada, sea empresa afectada, consumidores o usuarios de un servicio público o el propio Estado, es la acción civil. Esta busca la reparación del daño e indemnización de perjuicios ocasionados, usualmente tiene plazos y términos demorados, así como una fuerte carga de intercambio de escritos polémicos de carácter formal. Una particularidad de este tipo de acción es que resulta procedente no solo contra las empresas protagonistas de la práctica colusoria por el daño patrimonial ocasionado, sino además contra la empresa postora ganadora en la subasta o licitación para exigir la nulidad o anulabilidad del contrato público objeto de colusión<sup>21</sup>.

El fundamento de la acción civil ante colusión en compras públicas radica en la doctrina de la separabilidad. La misma permite que terceros interesados puedan impugnar el acto administrativo que culmina la licitación pública sin afectar necesariamente la validez del contrato resultante entre la administración pública y el postor seleccionado en licitación, con el propósito de superar el problema de la no legitimación activa de tales terceros en el proceso civil de nulidad o anulabilidad del contrato administrativo; en este sentido, debe distinguirse el contrato público y los actos administrativos separables del contrato<sup>22</sup>.

Como toda acción civil, se requiere el acto ilícito, el daño patrimonial y el nexo causal que relacione a los anteriores e igualmente se le reconocen determinadas peculiaridades para la materia que nos ocupa. En primer término, la norma sobre competencia ha ido evolucionando hacia la formulación de criterios específicos para la cuantificación del daño patrimonial; por ejemplo, el artículo 17 de la directiva europea de cuantificación del daño antitrust, establece una regla de presunción *iuris tantum* del daño (Alpa, G., 2015: 10). En segundo término, a la

---

establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos y, luego de ello, se procede a analizar si se encuentra justificado que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración”.

Vid., caso Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola vs Agencia Nacional de Contratación Estatal - Colombia Compra Eficiente, sentencia CE SIII E 54549 DE 2015, <http://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/documento/39947>.

<sup>21</sup> De igual forma está disponible la excepción al cumplimiento de un contrato objeto de colusión, u otras acciones cuya pretensión sería la nulidad de la cláusula o el contrato, al amparo de los arts. 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–, 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia de España –LDC– y 6 del Reglamento 1/2003 para el caso español. El tratamiento del fenómeno de la colusión por el derecho de contratos ha sido casi nulo, donde una de las primeras cuestiones a tener en cuenta es la estructura negocial de la misma; en este sentido debe distinguirse el contrato colusorio (que se establece entre competidores y tiene por objeto llevar adelante una práctica anticompetitiva) y el contrato objeto de colusión (el que se establece entre el competidor designado y la administración pública a partir de la licitación coludida).

En este sentido, también debe dilucidarse la eficacia de la subcontratación que se deriva del contrato público. La citada autora colombiana sostiene la independencia funcional de los subcontratos respecto del contrato principal (Ramírez Duarte, 2012: 217).

<sup>22</sup> Al respecto, como ejemplo, consúltese la *ratio decidendi* sostenida en sentencia C-1048, 4/10/2012, Corte Constitucional, en expediente 9118, Sección tercera, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Consejo de Estado, 10/3/1994 (Ramírez Duarte, 2012: 210).



clásica tripartición de requisitos anteriormente mencionada, debe tomarse en consideración la regla de la razón –*rule of reason*–, criterio específico para la atribución de responsabilidad en una acción civil en *antitrust law*. En tercer lugar, deben considerarse las particularidades del daño en derecho anglosajón, el cual tiene tres requisitos específicos: causa material –*material but-for causation*–, daño provocado por práctica anticompetitiva –*antitrust injury*– y causa próxima –*proximate causation*–<sup>23</sup>.

Independientemente de la regla de la razón, el derecho de competencia sigue apoyándose de modo intensivo en el clásico criterio de responsabilidad objetivo/subjetivo. El criterio objetivo parece ser acogido por la ley europea, teniendo en cuenta la Directiva 2014/104/UE de 26/11/2014, sobre cuantificación del daño *antitrust*<sup>24</sup>. Otra de las particularidades de la acción civil en este ámbito es la extensión de la responsabilidad, la cual alcanza no solo a la entidad infractora, sino además a las personas naturales que actúan como representantes legales.

Por otro lado, el contenido de la responsabilidad civil ha sido más controversial. En este sentido, el criterio usualmente seguido para la indemnización de perjuicios es conocido como el diferencial de precios por el cual la responsabilidad se establece a partir de la diferencia de precios al consumidor en el mercado en condiciones de colusión y el precio en un hipotético mercado no colusivo, aplicado a un estimado de la venta en el período relevante. En cualquier caso este criterio no es unánime, un autor menciona dos casos en los cuales la *Corte di cassazione* limitó el contenido de la responsabilidad a la reparación del daño sin incluir la indemnización del perjuicio (caso Liguigas, 9384 de 11/6/2003 y caso Lloyd Adriático, 14716 de

---

<sup>23</sup> Elhaug & Geradin mencionan estos tres requisitos para determinar la existencia de responsabilidad civil como resultado de una infracción antitrust. La causa material alude a la prueba de que la infracción ha sido el evento provocador del daño patrimonial; en este sentido no se requiere probar la exclusión de otras causas alternativas a dicho daño. Esta tesis ha sido confirmada por *Continental Ore v. Union Carbide*, 370 U.S. 690, 702 (1962): “es suficiente que la violación haya contribuido materialmente al daño”; y, *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc. (Zenith I)*, 395 U.S. 100, 114 & n.9 (1969): “Es suficiente que la ilegalidad sea mostrada como causa material del daño, el demandante no tiene que agotar todas las posibles fuentes alternativas del daño en su cumplimiento de la carga de la prueba”. Por otra parte, se exige una infracción anticompetitiva –*antitrust injury*–, esto significa que la acción o conducta si bien es típica, se requiere que haya provocado un daño concreto en la esfera patrimonial de la empresa o sujeto afectado; por ejemplo, no tiene acción por daños la empresa competidora en el mercado relevante contra empresas en concentración económica horizontal –*horizontal merger*– salvo que las últimas hayan disminuido el precio a un nivel imposible de sostener en el giro de comercio (*Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 1986); tampoco tiene acción la empresa competidora en el mercado relevante contra empresas coludidas en fijación de precios o restricciones de venta si el efecto de dichas acciones anticompetitivas fue una subida de precios en el mercado y por tanto la empresa competidora se benefició (*Matsushita Electric v. Zenith Radio*, 475 U.S. 574, 586, 1986 y *Atlantic Richfield v. U.S.A Petroleum*, 495 U.S. 328, 1990). Por último, la causa próxima establece que la acción civil es directa, con lo cual se excluyen las acciones que tengan por propósito resarcir un daño provocado por un ilícito antitrust sobre otro sujeto o empresa y este a su vez sobre el accionante; en este sentido resulta paradigmático el caso *Illinois Brick v. Illinois*, 431 U.S. 720, 1977, en el cual la Corte Suprema determinó que los afectados indirectamente por un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios no tienen acción de resarcimiento debido a que como resultado de dicho acuerdo el afectado directo ubicado debajo de los coludidos en la cadena de producción trasladó parte del incremento del precio a los afectados indirectos y que constituye una tarea virtualmente imposible determinar la cuota de daño trasladada al afectado indirecto y la cuota de daño en el afectado directo.

Vid., por todos, ELHAUGE, E., GERADIN, D. *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press, Thomson Reuters, 2011, pp. 17-21.

<sup>24</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26/11/2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 5/12/2014, L 349/1, recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>

13/7/2007) (Alpa, G., 2015: 8). En otro orden, el ordenamiento comunitario europeo da una solución singular: las directivas comunitarias sobre derecho de competencia remiten a los ordenamientos nacionales lo relativo al nexo causal y la cuantificación del daño, mientras se reserva al ámbito comunitario la tipificación del ilícito civil en el caso de colusión. De este modo, las diferencias entre ordenamientos nacionales en materia de responsabilidad civil ha motivado un *fórum shopping* entre los demandantes, a modo de seleccionar la mejor jurisdicción para sus propósitos de litigación (Alpa, G., 2015: 17)<sup>25</sup>.

El análisis de los sujetos de la acción civil implica necesariamente el tema de la legitimación, tanto activa como pasiva. En este sentido se incluyen todos los directamente perjudicados y consumidores finales indirectos que hayan concurrido al mercado del producto comercializado bajo condiciones de colusión; dentro de estos consumidores indirectos califican los clientes de las empresas ajenas a la conducta colusoria pero que se han beneficiado del incremento de precios en el mercado relevante, conocidos como clientes sombrilla –*umbrella customers*– (caso Kone)<sup>26</sup>. De igual manera, deben considerarse en la categoría de directamente perjudicados los que resulten en daño patrimonial conforme la doctrina del enriquecimiento injustificado (caso Courage)<sup>27</sup> (Alpa, G., 2015: 12).

El presupuesto esencial de la legitimación activa en el derecho de competencia europeo y en la colusión en particular es la doctrina del efecto útil, en razón de la cual hay detrimento al propósito de defensa de la competencia que persigue la ley si no se abriera el cauce procesal a todos los potenciales perjudicados, tanto directos como indirectos. Uno de los ejemplos más nítidos de la aplicación de esta doctrina en el área latinoamericana es la acción colectiva de más de 250 hospitales en Brasil contra las empresas Air Liquide, Air Products, IBG, Linde y White Martins por colusión en el mercado relevante de las compras públicas de oxígeno líquido de uso hospitalario, la cual logró sanción de la CADE –*Conselho Administrativo de Defesa Econômica*– e incluso medida cautelar en apoyo a la acción, consistente en la revisión del precio colusorio para ubicarlo en un punto de equilibrio<sup>28</sup>.

La acción civil también está a disposición del Estado, perjudicado directo por las prácticas colusorias en compras públicas. Usualmente en la región latinoamericana se ejerce por medio de las instituciones de defensa de sus intereses patrimoniales, como es la Procuraduría; en el caso europeo se admite la

<sup>25</sup> Esta solución europea adolece de vulnerabilidades, de modo particular en lo que concierne a la diversidad de regímenes de responsabilidad a pesar de los recientes intentos de estandarización de las reglas de responsabilidad en derecho civil por medio de los Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, y el *Draft Common Frame of Reference*.

Vid., European Group on Tort Law, Principios del Derecho Europeo sobre Responsabilidad Civil, 2005, recuperado de <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>; y, Study Group on European Civil Code, Principles Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, 2009, Munich, European Law Publishers, Gmbh, recuperado de [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)

<sup>26</sup> Vid., Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 10ma, 24/10/2013, asunto C-510/11-P, Kone Oyj, Kone Gmbh, Kone BV / Comisión Europea, recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-510/11>.

<sup>27</sup> Vid., Sentencia del Tribunal de Justicia, 20/9/2001, asunto C-453/99, Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros, recuperado de [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lqrec=en&nat=or&oqp=&dates=&lq=&language=es&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-453%252F99&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=1033968](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lqrec=en&nat=or&oqp=&dates=&lq=&language=es&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-453%252F99&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=1033968).

<sup>28</sup> Procedimiento administrativo 08012.009888/2003-70, denunciante: SDE *ex officio*, denunciados: Newton de Oliveira, Walter Pilão, Vitor de Andrade Perez, Moacir de Almeida, José Antônio Bortoleto de Campos, Hélio de Franceschi Junior, Gilberto Gallo, Carlos Alberto Cerezine, Indústria Brasileira de Gases Ltda, White Martins Gases Industriais Ltda., AIR Products Brasil Ltda, AIR Liquide Brasil Ltda, AGA S.A., recuperado de [http://www.cade.gov.br/upload/2010AnnualReport\[1\].pdf](http://www.cade.gov.br/upload/2010AnnualReport[1].pdf)

acción privada ejercida directamente<sup>29</sup>. Sin embargo, en determinadas circunstancias es posible la legitimación activa del ciudadano común a nombre y en representación del Estado, como es la práctica en EEUU y bajo una distribución del *quantum* indemnizatorio de un 15% al 30% a favor del ciudadano. Esta suerte de legitimación sustituta persigue el propósito de promover conductas de vigilancia ciudadana sobre prácticas de este tipo<sup>30</sup>.

A pesar de la viabilidad de la acción civil como cauce procesal para la represión de la colusión en compras públicas se ha generado alguna opinión contraria a las medidas cautelares en este contexto procesal bajo el criterio que dicho incidente demoraría aún más el conocimiento del proceso o procedimiento por el que se ventila la conducta colusoria; redundando en incertidumbre sobre la validez y eficacia del contrato público adjudicado, así como el detrimento al interés público por la demora en la ejecución.

#### 10. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Cualquiera que sea la acción objeto de protección, la tutela cautelar en el ámbito del derecho de competencia y de colusión en compras públicas comparte determinados presupuestos, caracteres y principios rectores, todo ello producto de la finalidad conservadora de la eficacia en la resolución definitiva de un proceso o procedimiento. De la misma forma, tales medidas tienen tres requisitos básicos: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y contracautela. El modo en que éstos requisitos se ponen de manifiesto en solicitudes al amparo del derecho de competencia y particularmente en la colusión en compras públicas son muy variados y se explican a continuación.

#### 11. FUMUS BONI IURIS O APARIENCIA DE BUEN DERECHO.

En primer término, se debe probar la apariencia de un buen derecho, es decir, la determinación *prima facie* de méritos en el caso; el tribunal que adopte la medida cautelar ha de ser persuadido que el proceso o procedimiento principal objeto de protección por dicha medida, tiene méritos al menos preliminarmente. En el ámbito de la colusión en compras públicas, esto implica probar hallazgos preliminares de un acuerdo tácito, práctica concertada o conducta conscientemente paralela entre los competidores. Ello trae a colusión una interrogante, ¿constituye apariencia de buen derecho la concurrencia de condiciones de mercado y/o evidencia indiciaria?

En este punto debe distinguirse la evidencia material y la evidencia circunstancial. La evidencia material –*hard evidence*–, constitutiva de documentos o grabaciones que acrediten el acuerdo *per se*, serían un *smoking gun* de la colusión. La evidencia circunstancial la constituyen el comportamiento empresarial, las estimaciones y estudios del mercado relevante y otros. Tapia cita como caso paradigmático de admisión de la evidencia circunstancial la radical desviación de la conducta de la empresa en colusión –*Interstate Circuit, USC, 1939*– (Tapia, J, 2009: 32). Esta distinción es relevante pues la evidencia material es útil para la prueba

---

<sup>29</sup> Vid., Directiva comunitaria 2014/104/UE, op. cit.

<sup>30</sup> La acción *qui tam* –*qui-tam action*– es una acción procesal que permite a un ciudadano privado actuar a nombre y en representación del gobierno únicamente para demandar a un contratista o proveedor de compras públicas si tiene noticia que el mismo comete fraude, colusión o algún otro género de infracción a las normas de contratación pública. Usualmente el sujeto que interpone *qui tam action*, se le conoce como Fiscal General privado –*private attorney general*– pues en el contexto procesal concreto, representa al gobierno federal contra la infracción de rigor y comparte con el gobierno una cuota determinada de la indemnización obtenida. Ambos fenómenos típicos del derecho procesal de EEUU han sido regulados por la Ley de Demandas Falsas –*False Claims Act*–. Sobre el tema, consúltese de modo especial: ENGSTRÖM, D.F. “Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation”, *Columbia Law Review*, vol. 112 (6), 2012; y, GRAY, M. “Loosen Up: Breaking Free from Strict “With Particularity” Requirements when Pleading Fraud for Qui Tam Actions brought under the FCA”, *Creighton Law Review*, vol. 49 (2), 2016, p. 415.



de la colusión, mientras que la evidencia circunstancial, si bien en algunas jurisdicciones resulta insuficiente para probar la colusión, sería suficiente para probar el *fumus boni iuris* y con ello, adoptar una medida cautelar.

Entonces, en respuesta a la interrogante anterior, sea dicho que, la presencia en conjunto o por separado, de condiciones favorables de mercado o evidencia indiciaria, aplican para la acreditación preliminar de méritos en el caso y consecuentemente, se cumple el requisito de rigor para adoptar la medida cautelar solicitada. Ello está avalado por la experiencia de las autoridades de persecución de conductas anticompetitivas, en el sentido de que la presencia de evidencia indiciaria y de condiciones favorables de mercado genera una alta probabilidad de conducta colusoria; sin duda alguna, insuficiente para demostrar la existencia de dicha conducta en el proceso/procedimiento principal, pero válido para adoptar una medida cautelar. Esta evidencia indiciaria es conocida en derecho anglosajón como *plus factors*: que permite inferir una colusión, a partir de las acciones de la empresa contrarias a su propio interés salvo por la existencia de este ilícito; o el comportamiento entre competidores calificable de amigable más allá de lo que resulta atendible si no existiese dicha ilicitud anticompetitiva.

Llegado a este punto deben mencionarse las prácticas facilitadoras – *facilitating practices*–, las cuales no constituyen prueba plena pero resultan muy útiles para acreditar el *fumus*. Constituyen prácticas facilitadoras, aquellas que allanan el camino al logro de la conducta colusoria, la más típica es el intercambio de información entre productores (*American Column & Lumber Co. v US*, 257 US 377, 1921) y una de las formas más comunes en que se manifiesta es la verificación y confrontación de ofertas de precios más bajos a los acordados (*US v Container Corp. Of America*, 393 US 333, 1969)<sup>31</sup>. Dado su carácter indiciario no pleno, las prácticas facilitadoras no son siempre preparatorias de una conducta colusoria y por ello, no siempre son ilegales, por lo cual han de examinarse según la regla de la razón, salvo que la ley no disponga otra cosa. Resultan admisibles los intercambios de información en mercados formales (*Chicago Board of Trade v US*, 246 US 231, 1918), y aquellos cuya existencia no puede atribuirse a un acuerdo entre las partes (*E.I. du Pont de Nemours & Co. V Federal Trade Commission*, 729 F.2d 128, 2nd Circuit, 1984)<sup>32</sup>.

La experiencia ha demostrado la existencia de otros elementos indiciarios de conducta colusoria en las compras públicas: la colaboración entre agentes y empleados de las empresas involucradas que se materializa al compartir oficinas, personal y equipos (caso Consorcios Implementación Técnica y Computadores 2002, Resolución 21822/2004, SIC, Colombia), así como las coincidencias en la presentación formal de propuestas, en la compañía aseguradora expedidora de las pólizas asociadas a las posturas y en la chequera de la cual se expidieron los cheques de cancelación de los derechos de participación en la licitación (caso Constructora MP y ML, Ingenieros, Resolución 64400, 16/11/2011, SIC, Colombia).

Más allá del carácter meramente indiciario o pleno de la evidencia presentada en el incidente cautelar, debe señalarse que es común el requerimiento de un alto estándar probatorio de la colusión en sí misma en Latinoamérica, lo cual repercute necesariamente en un alto estándar probatorio para la medida cautelar

---

<sup>31</sup> Entre las evidencias indiciarias de mayor importancia cabe mencionar las comunicaciones entre los competidores presuntamente coludidos; por otra parte, tiene mayor importancia en materia de colusión respecto de otros aspectos del derecho de competencia:

“Por ejemplo, hemos notado que el derecho de competencia sobre colusión parece muy interesado en las formas de comunicación, mientras que este tema juega un papel menos significativo en los modelos económicos y trabajos empíricos”.

Vid., KAPLOW, L., SHAPIRO, C. “Antitrust”, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School, Discussion Paper 01/2007, recuperado el 9 de mayo de 2016 en [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Kaplow\\_695.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_695.pdf), p. 131.

<sup>32</sup> Como muestra de lo anterior, en el caso *Airline Tariff Publishing*, las aerolíneas se comunicaban periódicamente sus tarifas presentes y futuras. Vid., Kaplow & Shapiro: 48 y ss.

correspondiente. Por ejemplo, la Corte Suprema chilena exige un alto baremo de prueba de la colusión por el formalismo de su sistema procesal; en este sentido, existiendo elementos razonablemente suficientes, en varios casos se declaró no probada la colusión (caso Farmacias I, 1995; casos Oxígeno Líquido y Navieras, 2006, en la Corte Suprema revirtiendo sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia). De igual forma, en Europa se exige un alto estándar de prueba a partir del caso *Compagnie Royale Asturienne*, 1984; la evidencia debe ser suficientemente precisa y coherente<sup>33</sup>.

Otro elemento válido para acreditar el *fumus* y lograr el otorgamiento de una medida cautelar es la detección estadística –*statistical screening*-. Por este medio la Comisión Federal de Comercio –*Federal Trade Commission*- detectó conductas anticompetitivas de carácter colusorio en los precios de la gasolina. En otros estados se detectaron prácticas de colusión en compras públicas como en Brasil, Corea del Sur, México y Suecia, así como fijación de precios de sucedáneos lácteos infantiles de venta en farmacia en Italia y el caso especial del *screening* académico de la tasa LIBOR, descrito por Abrantes-Metz<sup>34</sup>.

Una última palabra sobre el *fumus*: su acreditación no es privativa de la parte interesada, sino también de la parte perjudicada quien puede aportar alguna causal de justificación de la conducta presuntamente colusoria. En este sentido, es válido citar el caso Señales, Improrvial, Resolución 9672, 4/4/2003, SIC, por el cual la empresa Consultec GR, Ltda. denuncia una conducta colusoria consistente en distribución territorial de mercados, entre Señales, Ltda. e Improrvial, Ltda., en licitación de obras de demarcación para las regiones de Colombia. La SIC inició investigación preliminar y encontró méritos para la apertura de una investigación formal, en la cual las sociedades en cuestión determinaron que sí hubo acuerdo pero el mismo estaba justificado por el hecho de que la postura de una de las partes para determinadas regiones sería ilegal por incurrir en una causal de inhabilidad relativa a la relación de parentesco entre postores y funcionarios públicos en el proceso de licitación (art. 8, literal g, Ley 80/1993). Esto invita a la reflexión en torno a la necesidad de otorgar derecho a la parte perjudicada a presentar elementos de descargo para la adopción de medidas cautelares, resultando inadmisibles la tutela cautelar *ex parte*, es decir, sin notificar a la parte contra la cual se dirige la medida. La SIC declaró la conducta no constitutiva de colusión (Amézquita: 19).

## 12. PERICULUM IN MORA O PELIGRO EN LA DEMORA.

En segundo lugar, el solicitante de la medida cautelar debe probar el peligro en la demora, es decir, el riesgo cierto de daño irreparable producto de la dilación del proceso/procedimiento principal y por ende, la necesidad de adoptar la medida cautelar de rigor para conjurar dicho peligro. Este requisito está vinculado a la recurrente demora en los trámites procesales/procedimentales: algún autor ha mencionado un promedio de veinte meses de duración del contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile y los procedimientos administrativos ante la SIC tienen una duración que oscila entre 2 y 4 años. Esta demora provoca lo que la autora denomina como “falta de oportunidad en la reacción a la conducta anticompetitiva” (Ramírez Duarte, 2012: 266 y 279).

---

<sup>33</sup> Por todos, vid., TAPIA, J. “Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia”, 2009, recuperado en 9 de mayo de 2016 de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1440695](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1440695), p. 31.

<sup>34</sup> Vid., LEVENSTEIN, M., MARVAO, C., SUSLOW, V. “Serial Collusion in Context: Repeat Offenses by Firm or by Industry?”, *OECD Global Forum on Competition Serial Offenders: Sectors That Are Prone to Endemic Collusion*, 2015, recuperado en 9 de mayo de 2017 de [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)12&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)12&docLanguage=En)

Del mismo modo que la medida cautelar de suspensión del procedimiento licitatorio ha sido atacada doctrinalmente, la misma es justificable a la luz del peligro en la demora. Por ejemplo, fuera del ámbito de la colusión, pero en materia de compras públicas, en un caso la autoridad administrativa en República Dominicana acoge solicitud de medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, bajo el argumento de que el riesgo de dilación temporal del procedimiento de sustanciación resulte en la adjudicación de la licitación, y se suscriba y ejecute el contrato público en cuestión. Bajo este criterio, la administración consideró que sí hay probabilidad de que el procedimiento licitatorio termine adjudicado antes de concluir el recurso contra el mismo, y por ende, hay *periculum in mora* (Dirección General de Contrataciones Públicas, Ministerio de Hacienda, Rep. Dom., Res. 8/2016, en recurso jerárquico y solicitud de suspensión de procedimiento por Softem Consultoría e Inversiones, SRL v Ministerio de la Mujer)<sup>35</sup>.

Como elemento del peligro en la demora, debe añadirse el riesgo de daño irreparable, de modo que no se requiere que haya provocado daño alguno. En este sentido, consúltese en Colombia el caso Intersystem, Resolución 1055, 19/1/2009, SIC: los sujetos objeto de investigación sostuvieron en el procedimiento administrativo de rigor, que su actividad colusoria no generó daño en el mercado pero la SIC sostuvo que la colusión es prohibida y sancionada con independencia de los efectos que produzca y son reprimidas legalmente como conductas *per se*, en virtud del artículo 47, numeral 9, Decreto 2153/1992, que dispone la tesis del objeto y efecto (Resolución 69716, 30/12/2009, SIC, en recurso de reposición).

### 13.CONCLUSIONES.

La colusión en compras públicas constituye un fenómeno escasamente estudiado y analizado, tanto en el ámbito de los estudios sobre corrupción como en el ámbito de la contratación pública y el derecho de competencia. Actualmente resulta ser un importante problema para la administración pública y las economías de mercado a nivel global, dado que su incidencia y recurrencia generan importantes perjuicios fiscales y sobre todo en términos de confianza ciudadana hacia el sector público y la institucionalidad del Estado. En este sentido, uno de los principales aspectos en que se manifiesta la lucha contra la corrupción es a través de la represión a este fenómeno.

La acción represiva del Estado contra la colusión en compras públicas tiene varias dimensiones: en primer término, requiere de una fuerte institucionalidad dedicada a la investigación, sustanciación del procedimiento de rigor y sanción de estas conductas, tanto de los organismos dedicados a la defensa de la competencia como los encargados de la ejecución de licitaciones del sector público; en segundo lugar, se requiere un sector profesional con preparación suficiente para activar y hacer funcionar tales mecanismos institucionales. En tercer lugar, es indispensable el *awareness* público, el interés ciudadano por la vigilancia y control de las prácticas de contratación pública y la denuncia de las irregularidades que puedan estar presentes en la misma.

Uno de los aspectos más importantes a considerar para la eficacia de la represión de la colusión en compras públicas lo constituye la disponibilidad de medidas cautelares que garanticen la eficaz actuación de los tribunales y autoridades administrativas frente a casos concretos. Estas medidas cautelares guardan identidad respecto del régimen jurídico general, usualmente contenido en el derecho procesal civil vigente; no obstante, manifiestan importantes diferencias motivadas por el contexto específico de litigación al cual sirven. En este sentido, el contenido, alcance y sentido de las medidas cautelares disponibles deberán tomar en consideración si la conducta colusoria está prohibida conforme la regla de la razón o la regla *per se*, los tipos de medidas cautelares que mejor se ajusten a los

---

<sup>35</sup> Vid. Op. cit.

requerimientos de este ámbito conflictual y los tipos de acciones procesales o procedimientos al cual servirán con criterio de instrumentalidad.

De modo particularmente importante, deben considerarse los requisitos para adoptar las medidas cautelares. En este sentido aplican los presupuestos ya conocidos que son la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora; no obstante, la manera en que estos han de manifestarse y alegarse difieren ostensiblemente de su praxis en derecho procesal civil. Es por ello que una evaluación mimética de estos aspectos del ordenamiento procesal en el contexto de la colusión en compras públicas, no solo sería inútil sino que podría provocar un efecto contraproducente y conspirar contra la eficacia de todo el sistema de vigilancia y represión de las prácticas anticompetitivas contra el sector público.

La norma, jurisprudencia, precedente, casuística y praxis de represión de la colusión en compras públicas se alinea básicamente en dos principales ámbitos de derecho comparado: en primer lugar EEUU, creador del *antitrust law* y que ha formulado normas contra dicho fenómeno en consonancia con el derecho anglosajón: fuerte dimensión precedencial, dualidad entre el ámbito federal y estadual, papel corrector del precedente sobre la norma estatutaria y también debe mencionarse una importante cuota de criminalización de este tipo de conducta. Por otra lado, la Unión Europea se ha caracterizado por normas fundamentalmente legislativas, por la atracción de la competencia sobre la materia en las estructuras institucionales comunitarias mientras reserva al ordenamiento nacional de los Estados miembros los fenómenos anticompetitivos restringidos a dichas fronteras.

En el caso de la región latinoamericana, debe señalarse que el derecho de competencia es relativamente nuevo respecto de EEUU y la Unión Europea; adicionalmente, carece de una masa crítica de profesionales expertos que permita formar una comunidad académica y de litigantes que hagan funcionales la también escasa y novísima institucionalidad encargada de la vigilancia y control del mercado, así como de las prácticas mencionadas. Adicionalmente y desde el punto de vista estructural América Latina presenta graves problemas asociados a este tema: la estructura accionarial de las empresas presenta un alto grado de concentración de participaciones a favor de un número relativamente escaso de personas naturales o jurídicas identificadas con determinados grupos económicos o familias que operan como monopolios históricos ya no en un mercado relevante, sino en toda la economía nacional de un Estado concreto. Dada cuenta de dicho fenómeno, resulta vital para la región ponerse al día sobre el tema en cuestión.

#### 14. BIBLIOGRAFÍA.

- ALPA, G. "El Ilícito Antitrust", Universidad Nacional Mayor de San Marcos: Lima, 2015, recuperado el 9 de mayo de 2017 en [https://works.bepress.com/carlos\\_acostaolivo/14/](https://works.bepress.com/carlos_acostaolivo/14/).
- AMANN, M., ROEHRICH, J.K. et al. "Driving Sustainability Supply Chain Management in the Public Sector: the Importance of Public Procurement in the European Union", *Supply Chain Management: An International Journal*, vol. 19 (3), 2014, pp. 351-366;
- BERIZONCE, R.O. "El "Bloque de Constitucionalidad" como Pivote de las Políticas Públicas en el Área de la Justicia", *Revista Derecho & Sociedad*, 38, 2012, recuperado el 9 de mayo de 2017 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13132>
- CHIA-HUN SUNG, FU-CHUAN LAI. "Spatial Price Discrimination in a Symetric Barbell Model: Bertrand v Cournot", *Papers in Regional Science*, vol. 93, 2013, pp. 141-158.
- DÍEZ-PICAZO, L. *El Arbitrio de Tercero en los Negocios Jurídicos: Tesis presentado en opción a la condición de Doctor por la Universidad de Madrid en 1956*, Bosch, Barcelona, 2011.
- ELHAUGE, E., GERADIN, D. *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press, Thomson Reuters, 2011, pp. 375.

- ENGSTRÖM, D.F. "Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation", *Columbia Law Review*, vol. 112 (6), 2012, pp. 1244-1325.
- GOLDMAN, E., ROCHOLL, J., SO, J. "Politically Connected Boards of Directors and the Allocation of Procurement Contracts", *Review of Finance*, vol. 20 (3), 2013, pp. 1617-1648.
- GRAY, M. "Loosen Up: Breaking Free from Strict "With Particularity" Requirements when Pleading Fraud for Qui Tam Actions brought under the FCA", *Creighton Law Review*, vol. 49 (2), 2016, p. 415-435.
- HATZIS, A., ZERVOGIANNI, E., *Judge-Made Contracts: Reconstructing Unconscionable Contracts*, 2006. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=953669> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.953669>.
- KAPLOW, L., SHAPIRO, C. "Antitrust", John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School, Discussion Paper 01/2007, recuperado el 9 de mayo de 2016 en [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Kaplow\\_695.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_695.pdf).
- KNIGHT, L., HARLAND, C., TELGEN, J (eds.) *Public Procurement: International Cases and Commentary*, New York, 2007, pp. 650.
- KOVACIC, W.E., SHAPIRO, C. "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14 (1), 2000, pp. 43-60.
- LEVENSTEIN, M., MARVAO, C., SUSLOW, V. "Serial Collusion in Context: Repeat Offenses by Firm or by Industry?", *OECD Global Forum on Competition Serial Offenders: Sectors That Are Prone to Endemic Collusion*, 2015, recuperado en 9 de mayo de 2017 de [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)12&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)12&docLanguage=En)
- LOADER, K. "Is Public Procurement a Successful Small Business Support Policy? A Review of the Evidence", *Environment and Planning C: Government and Policy*, vol., 31 (1), 2013, pp. 39-55.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", *Estudios constitucionales*, 13 (2), 2015, pp. 301-350.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-. "Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México", *Informe Analítico del Secretariado sobre el Cumplimiento de la Legislación, Regulaciones y Prácticas de la CFE con las Mejores Prácticas de la OCDE*, 2015, recuperado en 9 de mayo de 2017 de [http://www.oecd.org/daf/competition/GEM\\_Report\\_2012\\_Spanish.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/GEM_Report_2012_Spanish.pdf)
- PÉREZ DAUDÍ, V. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, Atelier, 2015, pp. 210.
- QINGHUA ZHU, YONG GENG, SARKIS, J. "Motivating Green Public Procurement in China: An Individual Level Perspective", *Journal of Environmental Management*, vol. 126, 2013, pp. 85-95.
- RAMÍREZ DUARTE, O.L. *Mecanismos para Combatir la Colusión en Licitaciones: Efectos de las Decisiones Sancionatorias sobre el Proceso Licitatorio en Colombia*, Trabajo de Investigación presentado como requisito para optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2012, recuperado en 9 de mayo de 2017 de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3591/53166440-2012.pdf?sequence=1>
- Sistema Económico Latinoamericano. *Las Compras Públicas como Herramienta de Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Documento SP/RRSSCPALC/DT 2-15. Servicio Nacional de Contratación Pública del Ecuador, UNASUR, Redeplan, 2012, recuperado en 9 de mayo de 2017 de <http://www.sela.org/media/268508/las-compras-publicas-como-herramienta-de-desarrollo-en-alc.pdf>



- Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. *XL Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Las Compras Públicas como Herramienta de Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Documento SP/ Di 11-14, 2014, recuperado en 9 de mayo de 2016, de <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/14876.pdf>
- STOLL-DEBELL, K., DEMPSEY, N.L., DEMPSEY, B.E. *Injunctive Relief. Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, American Bar Association, 2009.
- TAPIA, J. "Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia", 2009, recuperado en 9 de mayo de 2016 de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1440695](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1440695)
- VELANDIA, M. *Derecho de Competencia y del Consumo*, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- WARD, P.C. *Federal Trade Commission. Law, Practice and Procedure*, Law Journal Press, 2005.

## 15. JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE

- American Column & Lumber Co. v US, 257 US 377, 1921
- Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332, 1982
- Atlantic Richfield v. U.S.A Petroleum, 495 U.S. 328, 1990
- Broadcast Music Inc v Columbia Broadcasting System, Inc, 441 US 1, 1979
- Brown Shoe v Von's Grocery Co., 384 US 270, 1966
- Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104, 1986
- Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918),
- Continental Ore v. Union Carbide, 370 U.S. 690, 702 (1962):
- Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977)
- E.I. du Pont de Nemours & Co. V Federal Trade Commission, 729 F.2d 128, 2nd Circuit, 1984
- Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola vs Agencia Nacional de Contratación Estatal - Colombia Compra Eficiente, sentencia CE SIII E 54549 DE 2015, <http://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/documento/39947>
- Federal Trade Commission v Indiana Federation of Dentists, 476 US 447, 1986
- Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411 1990
- Illinois Brick v Illinois, 431 U.S. 720, 1977
- International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392 (1947);
- Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939)
- Kerr-McGee Corp. v. Northern Utilities v Northern Utilities, Inc. v. Amoco Production Co. and Phillips Petroleum Co., 500 F. Supp. 624 (D. Wyo. 1980)
- Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc., 359 U.S. 207 (1959)
- Kugler v. Romain, 279 A.2d 640, 58 N.J. 522 (1971)
- Lord Loughborough LC in Middleton v Lord Kenyon, 1794, 2 Ves 391
- Matsushita Electric v. Zenith Radio, 475 U.S. 574, 586, 1986
- National Collegiate Athletic Association v Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 US 85, 1984,
- National Society of Professional Engineers v US, 435 US 679, 1978
- NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 84, 1984
- Northern Pacific Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958)
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1048, 4/10/2012
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-616, 13/6/2001, magistrado ponente: Escobar Gil, recuperado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-616-01.htm>
- Standard Oil (Standard Oil Co. of New Jersey v US, 211 US 1, 1911)
- Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593 (1951)
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 10ma, sentencia de 24/10/2013, asunto C-510/11-P, Kone Oyj, Kone GmbH, Kone BV / Comisión Europea, recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-510/11> .
- United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)

United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972).  
United States v Container Corp. Of America, 393 US 333, 1969  
United States v General Dynamics Corp., 415 US 486, 1974  
United States v Socony-Vacuum Oil Co., 310 US 150, 1940  
United States v Trenton Potteries Co., 273 US 392, 1927  
Wilson v First County Trust Ltd, QB 407, CA, 2001  
Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc. (Zenith I), 395 U.S. 100, 114 & n.9 (1969)

## 16. TEXTOS NORMATIVOS Y LEGISLACIÓN

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 18/12/2000, 2000/C-364/01, recuperado de [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York: Naciones Unidas, 2004, recuperado de [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf)

Convención Interamericana contra la Corrupción, de 29/3/1996, OEA: Caracas, recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html>

Decreto 1687 de 2010, por el cual se modifica el Decreto 3523 de 2009, Diario Oficial 47709 de 14/5/2010, recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_1687\\_2010.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1687_2010.html).

Decreto 19 de 10/1/2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, Diario Oficial 48308 de 10/1/2012, recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>

Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial 40704 de 31/12/1992, recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2153\\_1992.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html)

Decreto 3523 de 2009, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias, Diario Oficial 47473 de 15/9/2009, recuperado de [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto\\_3523\\_2009.htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_3523_2009.htm);

Department of Justice, 1968 Merger Guidelines, recuperado de <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11247.pdf>

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26/11/2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 5/12/2014, L 349/1, recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>

European Group on Tort Law, Principios del Derecho Europeo sobre Responsabilidad Civil, 2005, recuperado de <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>

Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, Diario Oficial 47420 de 24/7/2009, recuperado de [http://quindio.gov.co/home/docs/items/item\\_109/47420.pdf](http://quindio.gov.co/home/docs/items/item_109/47420.pdf)

Ley 1474 de 12/7/2011, Medidas Administrativas para la Lucha contra la Corrupción, Diario Oficial 48128, 12/7/2011, recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)

- Ley 15 de 3/7/2007, de Defensa de la Competencia, Boletín Oficial del Estado, num. 159, 4/7/2007, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>
- Ley 80 de 28/10/1993, por la cual se expide el Estatuto General de la Administración Pública, Diario Oficial 28/10/1993, recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, 13/10/2011, recuperado de <http://scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/02/Ley-Org%C3%A1nica-de-Control-de-Poder-del-Mercado.pdf>.
- Reglamento CE 1/2003 de 16/12/2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 4/1/2003, recuperado de <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>
- Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Decreto Ejecutivo 1152, de 7/5/2012, Registro Oficial 967, recuperado de <http://www.scpm.gob.ec/marco-legal/reglamento-de-la-ley-control-del-poder-de-mercado/>
- Study Group on European Civil Code, Principles Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, 2009, Munich, European Law Publishers, GmbH, recuperado de [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, C 326 de 26/10/2012, pp. 1-390, recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

## **17. DECISIONES Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS**

- República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 21822 de 1/9/2004, recuperada de [http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/estados/RESOLUCION\\_21822\\_DE\\_01\\_DE\\_SEPTIEMBRE\\_DE\\_2004.pdf](http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/estados/RESOLUCION_21822_DE_01_DE_SEPTIEMBRE_DE_2004.pdf)
- República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 64400 de 16/11/2011, recuperada de [http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/estados/RESOLUCION\\_64400\\_DE\\_16\\_DE\\_NOVIEMBRE\\_DE\\_2011\\_SANCION\\_CONCRETO.pdf](http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/estados/RESOLUCION_64400_DE_16_DE_NOVIEMBRE_DE_2011_SANCION_CONCRETO.pdf)
- República de Colombia. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 1055 de 19/1/2009, recuperado de [http://www.sic.gov.co/drupal/recursos\\_user/documentos/normatividad/Publicaciones\\_Despacho\\_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES\\_COMPETENCIA\\_ANOS/2009/RESOLUCION\\_1055\\_DE\\_19\\_DE\\_ENERO\\_DE\\_2009\\_SANCION\\_INTERSYSTEM.pdf](http://www.sic.gov.co/drupal/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2009/RESOLUCION_1055_DE_19_DE_ENERO_DE_2009_SANCION_INTERSYSTEM.pdf)
- Resolución 39 de 10/4/2015, Dirección General de Contrataciones Públicas, Ministerio de Hacienda, República Dominicana, Proceso LPN-EDEESTE-006-2014, recuperado de [http://www.dgcp.gob.do/new\\_dgcp/documentos/politicas\\_normas\\_y\\_procedimientos/resolucion\\_de\\_conflictos/suspension\\_como\\_medida\\_precautoria/Resolucion%20NO.%2039:2015,%20Proceso%20LPN-EDEESTE-006-2014.pdf](http://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/resolucion_de_conflictos/suspension_como_medida_precautoria/Resolucion%20NO.%2039:2015,%20Proceso%20LPN-EDEESTE-006-2014.pdf)
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de Medidas Preventivas, Expediente 0025-SCPM-CRPI-2014, recuperado de <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/06/RESOLUCION%20N-93N-MEDIDAS-PREVENTIVAS-para-boletin.pdf>
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de Medidas Preventivas, Expediente 0026-SCPM-



CRPI-2014, recuperado  
de <http://www.eltelegrafo.com.ec/images/eltelegrafo/banners/2014/07-07-14-RESOLUCION-MEDIDAS-PREVENTIVAS-DIRECTV-EN-CONTRA-DE-TEVECABLE.pdf>